
Datum: 14.10.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 35/20
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:1014.8U35.20.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 14 O 163/19

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 28.01.2020 verkündete Urteil des Landgerichts Münster teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 35.343,63 Euro zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs der Marke K AUTOTYP01 4,2 I TDI Antriebstyp02 mit der Fahrzeugidentitätsnummer FIN01 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 05.04.2019.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 1.706,94 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 05.04.2019 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin zu 35 % und die Beklagte zu 65 %.

Die Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Gemäß § 540 Abs.1 ZPO wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen, soweit sich aus dem Nachfolgenden nichts anderes ergibt.

Die Parteien streiten über Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit einem Kaufvertrag über einen gebrauchten Pkw K AUTOTYP01, der nach Darstellung der Klägerin von einer Diesel-Abgas-Problematik betroffen sein soll.

Die Klägerin, seinerzeit noch firmierend unter Z **UG (haftungsbeschränkt)**, erwarb am 30.03.2017 von dem Autohaus D I GmbH & Co. KG in I den streitgegenständlichen Pkw der Marke K AUTOTYP01 4.2 I TDI V8 Antriebstop2 (Euro 6), Fahrzeug-Identifizierungsnummer: FIN01, Erstzulassung: 00.01.2014, als Gebrauchtfahrzeug zu einem Kaufpreis in Höhe von 55.000,00 € brutto mit einem Kilometerstand von 48.700 km. Wegen der weiteren Einzelheiten des Kaufs wird auf die Rechnung vom 30.03.2017 (Anlage K1) Bezug genommen. Das Fahrzeug verfügt über einen Motor der Baureihe EA 897 oder EA 896 und mehrere Technologien zur Reduktion des Stickoxidausstoßes, insbesondere ein Abgasrückführungssystem („Thermofenster“), eine Aufheizstrategie und einen SCR-Katalysator, der mit AdBlue betrieben wird. Die Beklagte ist die Herstellerin des Fahrzeugs und des darin verbauten Dieselmotors. Bei diesem handelt es sich unstreitig nicht um einen von der Volkswagen AG hergestellten Dieselmotor mit der herstellerinternen Typenbezeichnung EA 189.

Am 27.10.2017 richtete das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) an die Beklagte einen – bestandskräftig gewordenen - Bescheid, mit dem nachträgliche Nebenbestimmungen für die Typengenehmigung von K-Fahrzeugen AUTOTYP01 mit einem Dieselmotor 4.2 I TDI V8 Emissionsstufe Euro 6 durch Software-Nachrüstung angeordnet wurden, von denen ausdrücklich alle entsprechend ausgerüsteten Fahrzeuge erfasst wurden – wozu das streitgegenständliche Fahrzeug unstreitig gehört. Nach dem Bescheid müssen zwei eine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.v. Nr. 2.16 i.V.m. Nr. 5.1.2.1 der UN-Regelung Nr. 83 und Art. 3 Nr. 10 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 S. 1 der VO (EG) Nr. 715/2007 darstellende Strategien aus dem Emissionskontrollsystem aller betroffenen Fahrzeuge entfernt werden und hatte die Beklagte bis zum 15.12.2017 eine technische Maßnahme sowie einen Zeitplan zur Herstellung der Vorschriftsmäßigkeit durch Umrüstung aller Fahrzeuge im Rahmen einer Rückrufaktion vorzustellen. Für den Fall der Nichtbefolgung wurde angedroht, die betroffene Typengenehmigung ganz oder teilweise zu widerrufen. Nach dem Inhalt des Bescheids vom 27.10.2017 hatte das KBA festgestellt, dass K im Emissionskontrollsystem des genannten Motortyps zwei Strategien verwendet, die nahezu ausschließlich unter den Bedingungen der Prüfung Typ 1 genutzt werden (dreistufige Aufheizstrategie (Engine Heat Up Mode, alternatives Aufheizen), um die Überschreitung des NOx-Grenzwertes von 80 mg/km bei der Prüfung Typ 1 sicher zu vermeiden. Die von der Beklagten applizierten Schaltkriterien seien so gewählt, dass die Aufheizstrategie mit Sicherheit im NEFZ nicht abgeschaltet werde. Demgegenüber werde sie schon bei geringsten Abweichungen von den Prüfbedingungen des NEFZ, die im realen Verkehr nutzerunabhängig praktisch immer eintreten, abgeschaltet. Darin liege eine unzulässige Abschaltvorrichtung. Die von der Beklagten im Anhörungsverfahren nach § 28 VwVfG im Hinblick auf eine reduzierte SCR-Performance vorgebrachten Motorschutzargumente würden als nicht tragfähig erachtet.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 07.06.2018 (Anlage K11) forderte die Klägerin die Volkswagen AG unter Fristsetzung bis zum 21.06.2018 zur Erstattung des Kaufpreises i.H.v. 55.000,00 € abzgl. nicht bezifferter gezogener Nutzungen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs sowie zur Zahlung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten von 2.994,04 € auf.

Mittlerweile erging im Juli 2020 ein Rückruf der Beklagten an die Klägerin in Bezug auf das streitgegenständliche Fahrzeug mit der Aufforderung, bei einem autorisierten K-Partner ein Motorsteuerungssoftware-Update aufspielen zu lassen (Anlage BB5).

In dem **vorliegenden Rechtsstreit**, anhängig seit dem 28.03.2019 und rechtshängig seit dem 03.05.2019, hat die Klägerin behauptet, in der Programmierung der Motorsteuerungssoftware des Motors EA 897 komme eine nicht ordnungsgemäße Funktion zur Anwendung, die das Emissionsverhalten beeinflusse. Der Motor verfüge über ein Konstruktionsteil - ein Thermofenster, ein On-Board-Diagnosesystem und eine zusätzliche Software -, das als unzulässige „Abschalteinrichtung“ zu qualifizieren sei. Diese Abschalteinrichtung sei nicht notwendig, um den Motor vor Beschädigung oder Unfall zu schützen. Sie bewirke, dass die für den Fahrzeugtyp geltenden gesetzlichen Grenzwerte für den Ausstoß von Luftschadstoffen ausschließlich unter den vorgeschriebenen Testbedingungen des Prüfverfahrens eingehalten würden; im praktischen Fahrbetrieb würden die Grenzwerte um ein Vielfaches überschritten. Die Beklagte habe vom Einbau der Abschalteinrichtung in das streitgegenständliche Fahrzeug gewusst, ihr Vorstand sei in die entsprechenden Vorgänge eingeweiht gewesen. Der Einbau der unzulässigen Abschalteinrichtung könne nicht von wenigen Mitarbeitern im Alleingang vorgenommen worden sein, sondern es seien mehrere Abteilungen involviert gewesen, was nicht am Vorstand vorbei geschehen sein könne. Sie – die Klägerin - hätte den Pkw nicht gekauft, wenn sie von der Abschalteinrichtung Kenntnis gehabt hätte. Ihr sei es nicht lediglich auf die Leistungsfähigkeit angekommen. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, sie habe einen Schadensersatzanspruch aufgrund der verbauten Abschalteinrichtung. Jene sei gem. Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 715/2007 unzulässig. Auch das sog. Thermofenster sei unzulässig, die Beklagte könne sich nicht auf die Ausnahmeregelung nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 715/2007 berufen; das Thermofenster sei bereits ungeeignet, um Versottungseffekte zu vermeiden. Der Einsatz eines Thermofensters sei nicht alternativlos und entspreche nicht dem Stand von Wissenschaft und Technik. Das streitgegenständliche Fahrzeug habe aufgrund der Abgasmanipulationen der Beklagten niemals über eine rechtmäßig erteilte EG-Typengenehmigung und Betriebserlaubnis verfügt, jedenfalls seien diese aufgrund der Manipulationen wieder erloschen. Die Beklagte habe die Motoren samt Motorensteuerung inkl. entsprechender Software bewusst — auf Anweisung des Vorstands — in den Verkehr gebracht. Durch das Inverkehrbringen des Motors samt Abschalteinrichtung sei sie – die Klägerin - vorsätzlich sittenwidrig geschädigt worden. Auch in Bezug auf das sog. Thermofenster sei Sittenwidrigkeit zu bejahen, da die Beklagte das KBA im Rahmen des Zulassungsverfahrens durch Nichtoffenlegung des sogenannten Thermofensters getäuscht habe. Ihr – der Klägerin - stünden daher Schadensersatzansprüche gem. § 311 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 BGB, § 826 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 6, Abs. 1, 27 EG-FGV, § 263 StGB sowie gem. § 831 BGB zu.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 21.01.2020 haben die Parteien unstreitig gestellt, dass der aktuelle Kilometerstand bei 105.971 km gelegen hat.

Die **Klägerin** hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 55.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 4 Prozent vom 31.03.2017 bis 21.06.2018 und seither von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz abzgl. einer im Termin zu beziffernden Nutzungsentschädigung zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs K AUTOTYP01 4.2 I TDI Antriebstyp02 mit der Fahrzeug-Identitätsnummer FIN01;
 2. festzustellen, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des in Ziffer 1. genannten Fahrzeuges seit dem 22.06.2018 in Annahmeverzug befindet, 13
 3. die Beklagte zu verurteilen, an sie die Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung i.H.v. 2.994,04 € nebst Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.06.2018 zu zahlen. 14
- Die **Beklagte** hat beantragt, 15
- die Klage abzuweisen. 16
- Die Beklagte hat bestritten, die Klägerin getäuscht und geschädigt zu haben. Das sog. Thermofenster sei u. a. zum Schutz des Fahrzeugs vor Motorschäden durch Versottung erforderlich und damit als Abschaltvorrichtung ausnahmsweise zulässig. Die Beklagte hat gemeint, dass weder ein Schädigungsvorsatz von ihrer Seite vorliege noch ein Schaden auf Seiten der Klägerin. Das Fahrzeug, das – so hat die Beklagte behauptet – über einen Motor des Typs EA 896 verfüge, sei technisch sicher, fahrbereit und verfüge über alle erforderlichen Genehmigungen. 17
- Das **Landgericht** hat die Beklagte mit **Urteil vom 28.01.2020** unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 42.465,56 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 05.04.2019 zu zahlen Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs K AUTOTYP01 4.2 I TDI Antriebstyp02 mit der Fahrzeug-Identitätsnr. FIN01, festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des o. g. Pkw seit dem 22.06.2018 in Annahmeverzug befindet und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten i.H.v. 1.706,94 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 05.04.2020 zu zahlen. 18
- Zur **Begründung** hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass die Klage zulässig und teilweise begründet sei. Die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 55.000,00 € abzüglich gezogener Nutzungen i.H.v. 12.534,44 € Zug-um-Zug gegen Übereignung und Übergabe des Pkw aus §§ 826, 31 BGB. Die Beklagte habe die Klägerin in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise zumindest bedingt vorsätzlich geschädigt, indem sie die im Emissionskontrollsystem des streitgegenständlichen Motors installierten Schaltkriterien bewusst so gewählt habe, dass die Aufheizstrategie auf einem Prüfstand im Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) nicht abgeschaltet werde, damit die vorgeschriebenen Emissionsgrenzwerte garantiert eingehalten würden. Die Beklagte verwende also eine Einrichtung, die den gesetzlichen Prüfzyklus erkenne, und ihr sei bekannt gewesen, dass die Aufheizstrategie schon bei geringsten Abweichungen von den Prüfbedingungen des NEFZ, die im realen Verkehr nutzerunabhängig nahezu immer einträten, abgeschaltet werde und die im Prüfverfahren festgestellten Emissionsgrenzen im normalen Fahrbetrieb nicht erreicht würden. Laut dem Schreiben des KBA vom 27.10.2017 habe dieses festgestellt, dass die Beklagte die Motorsteuerungssoftware in dem streitgegenständlichen Fahrzeug so programmiert habe, dass diese erkannt habe, wenn das Fahrzeug sich im Prüfstand befunden habe. Die Beklagte habe mit dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs gegenüber potentiellen Kunden zum 19

Ausdruck gebracht, dass für das entsprechende Fahrzeug die erforderlichen Genehmigungen und Zulassungen zu Recht erteilt worden seien. Der Kunde gehe aufgrund des Inverkehrbringens des Fahrzeugs davon aus, dass dieses die technischen und rechtlichen Voraussetzungen der Zulassung erfülle und dass der Hersteller die für den Fahrzeugtyp erforderlichen Erlaubnisse und Genehmigungen nicht durch eine Täuschung erwirkt habe und die Gefahr einer Stilllegung drohen könne. Die Beklagte habe eine Schädigung der Käufer von Fahrzeugen mit dem Dieselmotor 4.2 l TDI V8 Emissionsstufe Euro 6 aus eigennützigen Motiven, nämlich aus bloßem Gewinnstreben, in sittlich anstößiger Weise billigend in Kauf genommen, wobei ihr Verhalten auch kausal für den Kaufentschluss der Klägerin gewesen sei. Die schädigende Handlung sei der Beklagten auch gem. § 826 BGB i.V.m. § 31 BGB zuzurechnen, denn die Beklagte sei ihrer sekundären Darlegungslast zu der Frage, wie die Entscheidungsstrukturen bei der Entwicklung und Zulassung einer neuen Motorserie speziell des Dieselmotors 4.2 l TDI V8 gewesen seien sowie welches ihrer Organe Kenntnis von der Funktionsweise der Motorsteuerungssoftware gehabt habe und das Inverkehrbringen der entsprechend ausgerüsteten Motoren veranlasst habe, nicht nachgekommen. Die Beklagte habe sich nicht auf einfaches Bestreiten beschränken dürfen, nähere Angaben seien ihr zumutbar gewesen. Die Klägerin habe ausreichend dargelegt, warum davon auszugehen sei, dass die im Konzern der Beklagten tätigen Führungspersonen Kenntnis von der Entwicklung und dem Einbau der streitgegenständlichen Motorsteuerungssoftware gehabt haben müssten. Die Entscheidungsträger der Beklagten hätten in Kenntnis der relevanten Tatsachen vorsätzlich gehandelt. Der Schaden folge aus der Belastung mit einer bei Kenntnis der verwendeten Abschaltvorrichtung nicht getroffenen Kaufentscheidung und der damit eingegangenen Kaufpreiszahlungsverpflichtung, die bereits eine Vermögensgefährdung begründe. Abzuziehen seien die gezogenen Gebrauchsvorteile auf der Basis einer Gesamtleistung von 300.000 km und einem vorliegenden Kilometerstand von 105.971 km, also 12.534,44 €. Die Klägerin habe erst ab Rechtshängigkeit Anspruch auf Zinszahlungen aus §§ 291, 288 BGB. Frühere Delikts- oder Verzugszinsen seien nicht begründet. Der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzuges sei begründet, außerdem derjenige auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten aus §§ 826, 249 BGB, aber nur ausgehend von einem Streitwert von 42.465,56 €. Die darauf gestützte Zinsforderung ergebe sich aus §§ 291, 288 BGB. Der Inhalt des nicht nachgelassenen Schriftsatzes der Klägerin vom 22.01.2020 habe keinen Anlass geboten, erneut in die mündliche Verhandlung gem. §§ 296a, 156 ZPO einzutreten.

Gegen dieses Urteil richten sich die **wechselseitigen Berufungen** der Parteien.

20

Die Klägerin hat mit ihrer Berufung ursprünglich ihre vollen erstinstanzlichen Klageanträge (in der Hauptsache weitere 12.534,44 €, zudem Deliktzinsen) weiterverfolgt und um einen Anspruch auf Freistellung von täglichen Unterstellkosten des Pkw von 8,00 € ab dem 21.01.2020 erweitert. Mit Schriftsatz vom 28.09.2020 hat die Klägerin die Klage teilweise zurückgenommen und verlangt in der Hauptsache – also abgesehen von den o. g. weiteren (Neben-)Forderungen – lediglich noch weitere 4.685,19 € nebst Verzugszinsen ohne Deliktzinsen. Sie hat die aktuelle Laufleistung des Fahrzeugs in ihrem Schriftsatz vom 28.09.2020 mit 105.971 km angegeben und errechnet unter Berücksichtigung einer zu erwartenden Gesamtleistung für das streitgegenständliche Fahrzeug von 450.000 km einen von ihr zu leistenden Gebrauchsvorteil von 7.849,25 € und einen weiteren Zahlungsanspruch von 4.685,19 €.

21

Zur Begründung macht die Klägerin im Wesentlichen Folgendes geltend:

22

Eine Nutzungsentschädigung sei nur auf Basis einer Gesamtleistung von 450.000 km i. H. v. 7.849,25 € abzuziehen.

- Seit dem 21.01.2020 stehe das Fahrzeug abgemeldet bei der Firma B in C. Sie – die Klägerin – habe wegen des Annahmeverzugs der Beklagten einen Anspruch aus § 304 BGB auf Freistellung von den Unterstellkosten von täglich 8,00 €. 25

Im Übrigen verteidigt die Klägerin das angefochtene Urteil gegen die Berufungsangriffe der Beklagten zur Haftung dem Grunde nach. 26

Die **Klägerin** erklärt hinsichtlich des Klageantrags zu 1) die teilweise Klagerücknahme und beantragt nunmehr noch, 27

1. die Beklagte unter (teilweiser) Abänderung des angefochtenen Urteils zu verurteilen, an sie – die Klägerin - weitere 4.685,19 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 22.06.2018 auf einen Betrag von 47.150,75 € zu zahlen, Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs K AUTOTYP01 4.2 I TDI Antriebtyp02 mit der Fahrzeug-Identitäts-Nummer FIN01, sowie sie - die Klägerin - von Unterstellkosten für das streitgegenständliche Fahrzeug in Höhe von 8,00 € täglich seit dem 21.01.2020 freizustellen; 28

2. die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 29

Die **Beklagte** beantragt nach teilweiser Rücknahme ihres ursprünglichen Antrags, die Klage in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils insgesamt abzuweisen, zuletzt noch, 30

1. die Berufung der Klägerin zurückzuweisen; 31

2. das angefochtene Urteil teilweise abzuändern und die Klage hinsichtlich eines Betrages von 7.121,93 € sowie hinsichtlich der Feststellung des Annahmeverzuges abzuweisen. 32

Die **Beklagte** verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags gegen die verbliebenen Berufungsangriffe der Klägerin und macht zur Begründung ihrer eigenen verbliebenen Berufung im Wesentlichen Folgendes geltend: 33

- Die Klägerin sei vorsteuerabzugsberechtigt, sodass die Umsatzsteuer für sie lediglich ein durchlaufender Posten sei und der Schaden jedenfalls nicht 55.000,00 € betragen könne. 35

- Im streitgegenständlichen Fahrzeug sei ein V8-Turbodieselmotor des Typs EA896 mit einer Leistung von 283 kW/385 PS verbaut, wofür das Fahrzeug über eine wirksame EG-Typengenehmigung für die Emissionsklasse EU 6 plus verfügt habe und diesem genehmigten Typ zu jeder Zeit entsprochen habe. 36

- Sie – die Beklagte – nehme für Fahrzeuge des streitgegenständlichen Typs K AUTOTYP01 (EU 6 plus) auf Anordnung des KBA eine Aktualisierung der Motorsoftware betreffend den sog. Warmlauf-Modus des SCR-Katalysators vor. Das KBA habe das Software-Update bereits freigegeben. Die Klägerin könne ihr Fahrzeug daher jederzeit bei einem autorisierten Servicepartner der Beklagten kostenfrei aktualisieren lassen. 37

- 38

Es liege keine Täuschung oder sittenwidrige Schädigung vor. Entgegen der Einschätzung des Landgerichts fehle es bereits an schlüssigem Vortrag der Klägerin, inwiefern sie – die Beklagte – bzw. ihre vertretungsberechtigten Organe sie getäuscht bzw. in sittenwidriger Weise unrichtige Angaben gemacht haben solle. An dem Kaufvertrag sei sie – die Beklagte – nicht beteiligt gewesen und habe davon auch nichts gewusst.

- Der Gesetzgeber habe sich bewusst dafür entschieden, die Emissionsgrenzwerte allein unter Laborbedingungen im sog. NEFZ festzulegen. Im Alltagsfahrbetrieb sei es sehr unwahrscheinlich, dass das Fahrzeug den NEFZ nachfahre. 39
- Das streitgegenständliche Fahrzeug halte den Stickoxidgrenzwert von 80 mg/km ein (Beweis: Sachverständigengutachten). Eine Täuschung von ihrer – der Beklagten – Seite gegenüber der Klägerin liege nicht vor. 40
- Als Erwerberin des Gebrauchtfahrzeugs sei die Klägerin nicht taugliche Adressatin einer Täuschung durch Inverkehrbringen des Fahrzeugs. 41
- Es fehle jedenfalls an einem besonders verwerflichen Handeln i.S.d. § 826 BGB. Selbst bei unterstellten Verstoß gegen das Verbot einer Abschalteinrichtung nach Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Nr. 10 VO EG Nr. 715/2007 sei ein Sittenwidrigkeitsurteil im Verhältnis zur Klägerin unbegründet. 42
- Für den Schaden sei nicht ausreichend, dass die Klägerin den Vertrag nicht geschlossen hätte. Vielmehr müsse sich ein Schaden auch insoweit nach der Differenzhypothese bemessen. Durch die Kaufpreiszahlung sei keine Minderung des Vermögens der Klägerin in dem Gesamtwert eingetreten, die nicht durch einen mit der Tathandlung eintretenden Vermögenszuwachs kompensiert worden sei. 43
- Es fehle an der haftungsbegründenden Kausalität, für die die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast trage. Das Landgericht habe rechtsfehlerhaft bejaht, dass die Klägerin den Vertrag gerade deswegen geschlossen habe, weil sie sittenwidrig dazu veranlasst worden sei. Bei der Leistungsstärke des Fahrzeugs von 283 kW/385 PS sei fernliegend, dass die Klägerin dieses aufgrund der Emissionswerte erworben habe. Entgegen der Würdigung des Landgerichts habe der Geschäftsführer der Klägerin dies in seiner persönlichen Anhörung nicht nachvollziehbar erläutert. 44
- Es fehle bereits an einem schlüssigen, den zivilprozessualen Anforderungen genügenden substantiierten Vortrag der Klägerin zum Vorsatz auf ihrer – der Beklagten – Seite. Darüber hinaus bestehe auf ihrer – der Beklagten – Seite auch keine sekundäre Darlegungslast. 45
- Unabhängig davon, dass der Klägerin schon kein Rückgewähranspruch gegen sie – die Beklagte – zustehe, befinde sie sich mit der Rücknahme des Fahrzeugs auch nicht in Annahmeverzug nach § 293 BGB, weil die Klägerin ihr die ihr obliegende Leistung zu keinem Zeitpunkt in einer den Annahmeverzug begründenden Weise angeboten habe. Das Angebot vom 07.06.2018 sei zu unbestimmt gewesen, denn die Leistung sei weder zur rechten Zeit (§ 271 Abs. 1 BGB) noch am rechten Ort (§ 269 BGB) angeboten worden. Zudem habe die Klägerin lediglich die Rückgabe des Pkw, nicht aber der von ihr empfangenen Leistungen i.S.d. § 346 BGB angeboten habe. 46
- 47

Da sie – die Beklagte – sich nicht im Annahmeverzug befinde, scheide auch der von der Klägerin nunmehr geltend gemachte Anspruch gem. § 304 BGB aus. Darüber hinaus könne die Klägerin nur die objektiv erforderlichen und tatsächlich entstandenen Mehrkosten ersetzt verlangen. Sie – die Beklagte – bestreite mit Nichtwissen, dass die Klägerin über keine andere, kostengünstigere Unterstellmöglichkeit verfügt habe und dass die tatsächlichen Kosten sich auf 8,- € pro Tag beliefen.

- Vorgerichtliche Anwaltskosten seien nach Grund und Höhe nicht wie vom Landgericht angenommen ersatzfähig. 48

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 14.10.2020 hat der Geschäftsführer der Klägerin einen – von der Beklagten nicht bestrittenen – Kilometerstand von 107.829 km angegeben. 49

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und der zu den Gerichtsakten gereichten Unterlagen verwiesen. 50

II. 51

Die verbliebene Berufung der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet, während die verbliebene Berufung der Beklagten zulässig und begründet ist. 52

A. Zulässigkeit der Berufungen: 53

Die wechselseitigen Berufungen sind zulässig. 54

I. Die Berufung der Klägerin ist gemäß § 511 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO gegen das in erster Instanz ergangene Endurteil des Landgerichts, das sie mit mehr als 600,- € beschwert, statthaft. Sie ist auch fristgerecht innerhalb der Monatsfrist des § 517 ZPO schriftlich eingelegt (§ 519 Abs. 1 ZPO) und direkt innerhalb der Begründungsfrist des § 520 Abs. 2 S. 1 ZPO vor dem Senat begründet worden. 55

Die Klageerweiterung erstmals im Berufungsverfahren um die Freistellung von Unterstellkosten von täglich 8,00 € ab dem 21.01.2020 ist zulässig. Zwar beruht die Klageerweiterung nicht auf Tatsachen, die der Senat aufgrund des Inhalts des angefochtenen Urteils ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hätte (§ 533 Nr. 2 ZPO). Jedoch geht der Senat davon aus, dass die Beklagte in die Klageerweiterung im Berufungsverfahren eingewilligt hat (§ 533 Nr. 1, 1. Alt. ZPO). Sie hat sich nämlich ohne Rüge der Zulässigkeit der Erweiterung in der Sache selbst auf den Erweiterungsantrag eingelassen (§§ 525, 267 ZPO, vgl. BGH, MDR 2005, S. 588; Zöller-Heßler, ZPO, 33. Aufl., § 533 Rn. 5). 56

II. Die Berufung der Beklagten ist ebenfalls gem. § 511 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO gegen das in erster Instanz ergangene Endurteil des Landgerichts statthaft. Auch sie ist durch die Entscheidung mit mehr als 600,- € beschwert. Die Berufung der Beklagten ist fristgerecht innerhalb der Monatsfrist des § 517 ZPO schriftlich eingelegt worden (§ 519 Abs. 1 ZPO) und innerhalb der verlängerten Begründungsfrist des § 520 Abs. 2 S. 3 ZPO vor dem Senat begründet worden. 57

B. Begründetheit der Berufungen: 58

Die verbliebene Berufung der Klägerin ist unbegründet, denn das Landgericht hat nicht fehlerhaft zu ihren Lasten einen (zu hohen) Nutzungsersatz abgezogen und höhere 59

vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten abgelehnt; außerdem hat die Klägerin keinen Anspruch auf Freistellung von den Unterstellkosten ihres Fahrzeugs.

Die verbliebene Berufung der Beklagten ist demgegenüber begründet, weil das Landgericht der Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises für das streitgegenständliche Fahrzeug in anteiliger Höhe von 7.121,93 € sowie hinsichtlich der Feststellung des Annahmeverzugs zu Unrecht stattgegeben hat. 60

I. Zulässigkeit der Klage: 61

Die Klage ist zulässig. 62

1. Das Feststellungsinteresse i.S.d. § 256 Abs. 1 ZPO für den Klageantrag zu 2) auf Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten mit der Rücknahme des Pkw folgt aus der hierdurch gem. den §§ 756, 765 ZPO bewirkten Vollstreckungserleichterung. 63

2. Anderweitige Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen nicht. Die vom Landgericht angenommene örtliche und sachliche Zuständigkeit unterliegt gem. § 513 Abs. 2 ZPO nicht der Überprüfung durch den Senat. 64

II. Begründetheit der Klage: 65

Die Klägerin hat in der Hauptsache einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 35.343,63 € Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des streitgegenständlichen Fahrzeugs. 66

1. Hauptsacheanspruch aus den §§ 826, 31, 249, 251 BGB 67

Das Landgericht hat diesen Hauptsacheanspruch zutreffend auf die §§ 826, 31, 249, 251 BGB gestützt. Die Beklagte hat der Klägerin in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich einen ersatzfähigen Schaden in der genannten Höhe zugefügt, der zu dem Zug um Zug abzuwickelnden Schadensersatzanspruch führt. Für die deliktische Haftung der Beklagten als diejenige, die den streitgegenständlichen Motor für den K AUTOTYP01 4.2 I TDI hergestellt und in Verkehr gebracht hat, ist es rechtlich unerheblich, dass die Beklagte nicht Vertragspartnerin der Klägerin gewesen ist und von dem konkreten Vertragsschluss auch nichts mitbekommen hat. Angesichts der Tatsache, dass die Beklagte ihre Berufung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat in der Hauptsache auf die Anfechtung eines Teilschadensbetrags von 7.121,93 € beschränkt hat, geht der Senat davon aus, dass die Beklagte ihre Haftung dem Grunde nach im vorliegenden Fall nicht länger ernstlich in Abrede stellt. 68

a) Konkludente Täuschung über unzulässige Abschaltvorrichtung 69

Die Beklagte hat den Kläger durch das Inverkehrbringen eines Fahrzeugs mit einem von ihr hergestellten Motor mit manipulierter Motorsteuerungssoftware konkludent getäuscht. Mit dem Inverkehrbringen eines Fahrzeugs gibt ein Hersteller nämlich konkludent die Erklärung ab, dass der Einsatz dieses Fahrzeugs entsprechend seinem Verwendungszweck im Straßenverkehr uneingeschränkt zulässig ist, d. h. insbesondere, dass das Fahrzeug über eine uneingeschränkte Betriebserlaubnis verfügt, deren Fortbestand nicht aufgrund bereits bei der Auslieferung des Fahrzeugs dem Hersteller bekannter, konstruktiver Eigenschaften gefährdet ist (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020; VI ZR 252/19; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019, 13 U 149/18, juris, Rn. 45; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5. März 2019, 13 U 142/18, juris, Rn. 11; OLG Koblenz, Urteil vom 12. Juni 2019, 5 U 1318/18, juris, Rn. 70

22). Das setzt voraus, dass nicht nur die erforderlichen Zulassungs- und Genehmigungsverfahren formal erfolgreich durchlaufen wurden, sondern auch, dass die für den Fahrzeugtyp erforderliche EG-Typengenehmigung nicht durch eine Täuschung des zuständigen KBA erschlichen worden ist und das Fahrzeug den für den Erhalt und die Fortdauer der EG-Typengenehmigung einzuhaltenden Vorschriften tatsächlich entspricht. Dies bestätigt der Hersteller mit der Inverkehrgabe des Fahrzeugs zumindest konkludent.

Entgegen dem Vortrag der Beklagten lag eine unzulässige Abschaltvorrichtung vor. Zwar greifen nicht unmittelbar die Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19) betreffend das VW-Dieselmotortyp EA 189. Jedoch gibt es auch vorliegend einen bestandskräftigen Bescheid des KBA vom 27.10.2017 (Bl. 282 ff. d. A.), mit dem nachträgliche Nebenbestimmungen für die Typengenehmigung von K-Fahrzeugen AUTOTYP01 mit einem Dieselmotor 4.2 l TDI V8 Emissionsstufe Euro 6 durch Software-Nachrüstung angeordnet werden, von denen ausdrücklich alle entsprechend ausgerüsteten Fahrzeuge erfasst werden – wozu das streitgegenständliche Fahrzeug unstreitig gehört. Nach dem Bescheid müssen zwei eine unzulässige Abschaltvorrichtung i.S.v. Nr. 2.16 i.V.m. Nr. 5.1.2.1 der UN-Regelung Nr. 83 und Art. 3 Nr. 10 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 S. 1 der VO (EG) Nr. 715/2007 darstellende Strategien aus dem Emissionskontrollsystem aller betroffenen Fahrzeuge entfernt werden und hatte die Beklagte bis zum 15.12.2017 eine technische Maßnahme sowie einen Zeitplan zur Herstellung der Vorschriftsmäßigkeit durch Umrüstung aller Fahrzeuge im Rahmen einer Rückrufaktion vorzustellen. Für den Fall der Nichtbefolgung wurde angedroht, die betroffene Typengenehmigung ganz oder teilweise zu widerrufen. 71

Nach dem Inhalt des Bescheids vom 27.10.2017 hatte das KBA festgestellt, dass K im Emissionskontrollsystem des genannten Motortyps zwei Strategien verwendet, die nahezu ausschließlich unter den Bedingungen der Prüfung Typ 1 genutzt werden (dreistufige Aufheizstrategie (Engine Heat Up Mode, alternatives Aufheizen), um die Überschreitung des NOx-Grenzwertes von 80 mg/km bei der Prüfung Typ 1 sicher zu vermeiden. Die von der Beklagten applizierten Schaltkriterien seien so gewählt, dass die Aufheizstrategie mit Sicherheit im NEFZ nicht abgeschaltet werde. Demgegenüber werde sie schon bei geringsten Abweichungen von den Prüfbedingungen des NEFZ, die im realen Verkehr nutzerunabhängig praktisch immer eintreten, abgeschaltet. Darin liege eine unzulässige Abschaltvorrichtung. Die von der Beklagten im Anhörungsverfahren nach § 28 VwVfG im Hinblick auf eine reduzierte SCR-Performance vorgebrachten Motorschutzargumente würden als nicht tragfähig erachtet. Vor dem Hintergrund der Bestandskraft dieses Bescheids hat die Beklagte wie geboten eine Rufrückaktion veranlasst, von der im Juli 2020 auch die Klägerin und deren Fahrzeug betroffen gewesen sind. 72

Die Klägerin hat mit dem Vortrag zu dem Schreiben des KBA in der mündlichen Verhandlung vom 12.11.2019 und der Vorlage des Bescheids vom 27.10.2017 mit dem nachgelassenen Schriftsatz vom 13.11.2019 substantiiert dargelegt und die Beklagte hat insbesondere nicht bestritten, dass die Aufheizstrategie des betroffenen Motortyps in dem streitgegenständlichen Fahrzeug vorhanden war. 73

Der Inhalt des bestandskräftigen Bescheids ist in rechtlicher Hinsicht vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19) zur Überzeugung des Senats nicht anders zu beurteilen als der bzgl. des VW-Dieselmotors EA 189 bestandskräftige Bescheid des KBA über eine unzulässige Abschaltvorrichtung aus September 2015. Da sich die Beklagte – ebenso wie früher die VW AG – nicht gegen den Inhalt des Bescheids zur Wehr gesetzt hat, sondern diesen hat bestandskräftig werden lassen und im Rahmen ihrer Rückrufaktion befolgt, ist sie aus den gleichen rechtlichen 74

Gründen wie im VW-Urteil vom 25.05.2020 daran gehindert, noch mit Erfolg vorzutragen, dass die Motorsteuerungssoftware des im Pkw der Klägerin verbauten Motors keine unzulässige Abschaltvorrichtung darstelle, sondern zum Schutz des Motors/Katalysators vor Versottung notwendig sei. Ebenso wie in dem der genannten Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs zugrunde liegenden Sachverhalt bedarf es insoweit vorliegend für den in der Berufungsinstanz durch Sachverständigengutachten unter Beweis gestellten Vortrag, dass das streitgegenständliche Fahrzeug im Normalbetrieb des NOx-Grenzwerts von 80 mg/km nicht überschreite, nicht einer Beweisaufnahme (vgl. auch OLG Koblenz, Urteil vom 05.06.2020, 8 U 1803/19, BeckRS 2020, 17355). Bereits wegen der verwendeten, bestandskräftig als unzulässig festgestellten Abschaltvorrichtung musste jeder Erwerber eines Pkw K AUTOTYP01 ab dem Inverkehrbringen mit einem Dieselaggregat 4.2 I TDI V8 Euro 6 damit rechnen, dass – wie der Bescheid des KBA zeigt - die mit anderweitigen Angaben (zulässige Motorsteuerungssoftware) erreichte Typengenehmigung widerrufen und das Fahrzeug daher für den Fall des Nichtaufspielens eines Updates der Motorsteuerungssoftware stillgelegt werden würde.

b) Objektive Zurechnung zur beklagten AG analog § 31 BGB

75

Das schädigende Verhalten ist der Beklagten auch analog § 31 BGB zuzurechnen, denn das Landgericht ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die Organe der beklagten AG an der zumindest konkludenten Täuschung der Kunden – hier der Klägerin – im Zuge der Herstellung und des Inverkehrbringens des Motors in dem jeweils betroffenen Fahrzeug verantwortlich beteiligt waren. Die Beklagte ist auch im vorliegenden Fall ihrer sich aus den Gründen der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19) ergebenden sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen mit der Folge, dass der Vortrag der Klägerin gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden zu gelten hat. Die dortigen Grundsätze sind auf die vorliegende Konstellation zu übertragen. Die Klägerin hat zu den in der Sphäre der Beklagten liegenden Umständen hinreichend konkret vorgetragen. So hat sie mit Schriftsatz vom 04.11.2019 behauptet, dass die Herren L ((..) VW AG), M (Vorstandsvorsitzender der Beklagten), N und O im Zeitraum der Entwicklung des im streitgegenständlichen Fahrzeug verbauten Motors und des Inverkehrbringens des streitgegenständlichen Fahrzeugs den Geschäftsbereich Entwicklung der Beklagten geleitet und von den Abschaltvorrichtungen gewusst hätten. Es sei schlicht nicht vorstellbar, dass den Leitern der Entwicklungsabteilung seit dem Beginn der Entwicklung und Produktion derartiger Motoren im Jahr 2001 eine derart komplexe und aufwändige Vorrichtung verborgen geblieben sein solle. Mehr als das kann die Klägerin zu den in der Wahrnehmungssphäre der Organe der Beklagten liegenden dortigen internen Umständen nicht vortragen. Die Entwicklung und Inverkehrgabe von Motoren des Typs AUTOTYP01 4.2 I TDI V8 mit der inkriminierten Steuerungssoftware einschließlich deren Wirkungsweise ist nach aller Lebenswahrscheinlichkeit nicht auf der unteren Mitarbeiter- oder Ingenieurebene der Beklagten gesteuert worden, sondern vom Konzernvorstand bzw. einem oder mehreren für diese technischen Prozesse intern zuständigen Vorstandsmitgliedern. In gleicher Weise wie die VW-AG gemäß dem Urteil des BGH vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19) trifft vorliegend die Beklagte eine sekundäre Darlegungslast, dass und warum der Vorstand in die Entwicklung nicht involviert gewesen sein soll. Dieser ist die Beklagte mit ihrem Vortrag nicht hinreichend nachgekommen. Sie legt nicht plausibel dar, wie eine derartige Software ohne Wissen des Vorstands entwickelt und verbaut worden sein soll.

76

c) Sittenwidrigkeit

77

Die Beklagte hat auch sittenwidrig gehandelt.

78

aa) Sittenwidrig ist ein Verhalten, das nach seinem Gesamtcharakter, der durch umfassende Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu ermitteln ist, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Dafür genügt es im Allgemeinen nicht, dass der Handelnde eine Pflicht verletzt und einen Vermögensschaden hervorruft. Vielmehr muss eine besondere Verwerflichkeit seines Verhaltens hinzutreten, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, der zutage getretenen Gesinnung oder den eingetretenen Folgen ergeben kann (BGH, Urteil vom 07.05.2019, VI ZR 512/17, juris, Rn. 8).

bb) Die sittenwidrige Handlung lag hier entsprechend der höchstrichterlichen Klärung zur VW-Dieselproblematik im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19) in der Entwicklung und dem Inverkehrbringen des streitgegenständlichen, mit dem Motor des bemakelten Typs ausgestatteten Fahrzeugs der Klägerin, das zur Erlangung einer EG-Typengenehmigung mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung versehen war. Wenn aufgrund des Bescheids des KBA vom 27.10.2017 bestandskräftig feststeht, dass die Beklagte bei dem vorliegend in Streit stehenden Motor – ob die interne Bezeichnung EA 896 oder EA 897 lautet ist ausweislich des insoweit nicht differenzierenden Inhalts nicht entscheidungserheblich – eine unzulässige Abschaltvorrichtung verwendet hat, vermag der Senat keine Gründe dafür zu erkennen, warum die Frage der Sittenwidrigkeit im vorliegenden Fall anders als bei dem Motor EA 189 zu beurteilen sein sollte. Angesichts der mit dem teilweise zurückgenommenen Berufungsantrag zumindest implizit zugestandenen Haftung dem Grunde nach geht der Senat im Übrigen davon aus, dass auch die Beklagte dies nach der höchstrichterlichen Klärung bzgl. der VW AG in solchen Fällen nicht länger in Abrede stellt, in denen durch einen bestandskräftig gewordenen Bescheid des KBA für einen konkret betroffenen Motortyp eine unzulässige Abschaltvorrichtung festgestellt worden ist.

d) Schädigungsvorsatz:

Entsprechend der objektiven Zurechnung handelte die Beklagte auch subjektiv mit Schädigungsvorsatz. Hier scheitern die diesbezüglichen Einwände aus den gleichen Gründen wie im Rahmen der objektiven Zurechnung nach § 31 BGB analog. In subjektiver Hinsicht muss sich die AG grundsätzlich das Wissen der für sie handelnden Leitungsorgane zurechnen lassen (z. B. BGH, Urteile vom 26. April 2016, XI ZR 108/15 und XI ZR 167/15, juris). Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob man in dogmatischer Hinsicht mit der „Vertretertheorie“ eine Wissenszurechnung nach § 166 BGB (direkt oder analog) annimmt, nach der „Repräsentantentheorie“ die Wissenszurechnung direkt auf die Funktion als Organ einer juristischen Person stützt, auch auf der subjektiven Seite der Wissenszurechnung auf die Vereinsgrundsätze des § 31 BGB analog abstellt oder schließlich von einer Wissenszurechnung aufgrund innerbetrieblicher Organisationspflichten des Organs ausgeht. Da der Senat mangels hinreichender sekundärer Darlegungen der Beklagten davon ausgeht, dass in objektiver Hinsicht ein anweisendes bzw. in Kauf nehmendes Handeln des Vorstandsvorsitzenden der Beklagten oder eines/mehrerer verantwortlicher Vorstandsmitgliedes/r für die Planung, Entwicklung und Umsetzung der streitgegenständlichen Software im Fahrzeug der Klägerin vorlag und diese Handeln auf den Zeitpunkt des Pkw-Erwerbs fortwirkte, ist in subjektiver Hinsicht zumindest von einem der Beklagten zuzurechnendem bedingten Vorsatz im Sinne eines billigenden Inkaufnehmens der objektiv sittenwidrigen Schädigung der Klägerin auszugehen.

e) Kausalität/Keine Einschränkung durch den Schutzzweck der Norm

Der Schadensersatzanspruch ist auch nicht aufgrund des Schutzzwecks der Norm einzuschränken, sondern die haftungsbegründende Kausalität ist gegeben.

aa) Es wird schon uneinheitlich beurteilt, ob im Rahmen von § 826 BGB eine Beschränkung eines ersatzfähigen Schadens nach dem Schutzzweck der Norm überhaupt greift. Im Gegensatz zu § 823 Abs. 2 BGB beruht die Haftung aus § 826 BGB nämlich gerade nicht auf der Verletzung eines (Schutz-)Gesetzes, sondern auf einer vorsätzlichen sittenwidrigen, also besonders verwerflichen Schädigung. Selbst wenn man aber eine grundsätzliche Anwendbarkeit der Grundsätze des Einschränkung durch den Schutzzweck der Norm annimmt, um das Haftungsrisiko in zumutbaren Grenzen zu halten (so BGH, Urteil vom 11. November 1985, II ZR 109/84, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 3. März 2008, II ZR 310/06, juris Rn. 15), vermag dies kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen. Nach dieser Rechtsprechung kann ein Verhalten bzgl. der Herbeiführung bestimmter Schäden, insbesondere auch hinsichtlich der Schädigung bestimmter Personen, als sittlich anstößig zu werten sein, während ihm diese Qualifikation hinsichtlich anderer, wenn auch ebenfalls adäquat verursachter Schadensfolgen nicht zukommt. Die Ersatzpflicht beschränkt sich in diesem Fall auf diejenigen Schäden, die dem in sittlich anstößiger Weise geschaffenen Gefahrenbereich entstammen (BGH, a.a.O.).

bb) Wie dargelegt besteht hier die sittenwidrige Handlung in der Herstellung und dem Inverkehrbringen des Fahrzeugs mit der manipulierten Motorsteuerungssoftware. Durch diese schädigende Handlung ist aber gerade der jeweilige Käufer durch den ungewollten Vertragsschluss in sittenwidriger Weise geschädigt. Wegen der drohenden Betriebsuntersagung wird für den Käufer in sittlich anstößiger Weise eine Gefahrenlage geschaffen, wodurch in einer nicht nur zufälligen Weise der Rechts- und Interessenkreis der Käufer des betroffenen Fahrzeugs berührt wird (so auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. September 2019, 17 U 45/19, juris, Rn. 26). 86

cc) Zwar dient das Typengenehmigungsverfahren in erster Linie der Erleichterung des freien Warenverkehrs und der Sicherstellung eines hohen Umweltschutzniveaus durch Einführung einheitlicher Emissionsgrenzwerte. Es soll aber auch das Zulassungsverfahren innerhalb der europäischen Union harmonisieren und insbesondere vereinfachen (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. September 2019, 17 U 45/19, juris, Rn. 27). Die Typengenehmigung ersetzt die technische Prüfung des Emissionsverhaltens der Fahrzeuge und bildet damit die Grundlage der verpflichtend auszustellenden Übereinstimmungsbescheinigungen. Damit ist die Typengenehmigung eng mit der Zulassung, die der jeweilige Halter vorzunehmen hat, verbunden und soll im Falle der berechtigten Erteilung eine einfache Zulassung gewährleisten. Dieser wechselseitige Zusammenhang führt dazu, dass der Verstoß gegen die VO (EG) 715/2007 auch die Belange der Klägerin berührt und damit eine Einschränkung nach dem Schutzzweck der Norm nicht vorzunehmen ist. Daher erfasst die hier vorliegende sittenwidrige Schädigung gerade auch die Belange der Fahrzeughalter, die die Zulassung des jeweiligen Fahrzeugs veranlassen müssen. 87

dd) Aus den erörterten Gründen überzeugt die durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19) inzwischen überholte Rechtsprechung des OLG Braunschweig (Entscheidung vom 19.02.2019, 7 U 134/17) nicht, soweit sie aus dem angenommenen grundsätzlichen Wirksambleiben von Übereinstimmungsbescheinigung und Typengenehmigung trotz unzulässiger Abschalteneinrichtung folgert, dass keine zu einem kausal vom Schutzzweck der o.g. EU-Normen umfassten Schaden führende Schädigungshandlung anzunehmen sei. 88

ee) In tatsächlicher Hinsicht hat das Landgericht mit zutreffenden und den Senat gem. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bindenden Feststellungen angenommen, dass sich die Klägerin den streitgegenständlichen Pkw nicht gekauft hätte, wenn sie um die unzulässige Abgasssoftware 89

und die davon ausgehende Gefahr der nicht ordnungsgemäßen Betriebserlaubnis gewusst hätte. Insoweit hat das Landgericht – inzwischen bestätigt durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19) – zutreffend ausgeführt, dass bei lebensnaher Betrachtung kein informierter und wirtschaftlich vernünftig denkender Verbraucher ein Fahrzeug mit einer unzulässigen Motorsteuerungssoftware kaufen würde, welche zumindest erhebliche Zweifel an der Zulässigkeit der Betriebserlaubnis begründet. Die Berufungsangriffe der Beklagten hiergegen gehen vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ins Leere. Insbesondere kommt es nicht entscheidungserheblich darauf an, ob der Geschäftsführer der Klägerin P, der den Pkw für diese erworben hat, entsprechend seinen Bekundungen in den Verhandlungsterminen vom 12.11.2019 und 21.01.2020 auf die Emissionswerte des Fahrzeugs aus Umweltschutzgründen – ungeachtet der hohen Motorleistung von 283 kW – bei der Kaufentscheidung Wert gelegt hat oder nicht.

f) Vermögensschaden

90

Die Klägerin hat am Maßstab der §§ 249 Abs. 1 u. 2, 251 BGB gemessen auch einen ersatzfähigen Schaden erlitten, der sich im Ergebnis auf 35.343,63 € beläuft.

91

aa) Der Schaden liegt in dem Erwerb eines mit der Steuerungssoftware ausgerüsteten Fahrzeugs (vgl. BGH, a.a.O.; OLG Hamm, Urteil vom 10. September 2019, I-13 U 149/18, juris, Rn. 49; OLG Frankfurt, Beschluss vom 25. September 2019, 17 U 45/19, juris, Rn. 18; OLG Köln, Beschluss vom 03. Januar 2019, 18 U 70/18, juris, Rn. 34). § 826 BGB erfasst auch reine Vermögensschäden, da er nicht auf die Verletzung bestimmter absoluter Rechtsgüter wie § 823 Abs. 1 BGB abzielt (u. a. Wilhelmi, in: Erman, BGB, 15. Auflage 2017, § 826 BGB, Rn. 1). Unter einem Schaden im Sinne des § 826 BGB ist nicht nur die negative Einwirkung auf die Vermögenslage zu verstehen, sondern die nachteilige Beeinträchtigung jedes rechtlich anerkannten Interesses. Der Schaden kann deshalb auch in der Eingehung einer „ungewollten“ Verbindlichkeit bestehen, selbst wenn dieser einer Forderung auf eine objektiv gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Dies ist der Fall, wenn die Leistung für die Zwecke des Erwerbers nicht brauchbar ist (BGH, Urteil vom 26. September 1997, V ZR 29/96, juris). Es ist für die Annahme eines Schadens nicht erforderlich, dass im Rahmen einer Mehrzahl verfolgter Zwecke keiner der Zwecke erreicht wurde; vielmehr genügt es, dass ein nicht völlig nebensächlicher Zweck nicht erreicht wurde (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 25.09.2019, 17 U 45/19, juris, Rn. 18 f.). Es kann insoweit offenbleiben, ob die betroffenen Fahrzeuge einen geringeren Marktwert oder sonstige unmittelbaren wirtschaftlichen Nachteile haben. Auch die enttäuschte Erwartung und die Zweckverfehlung sind als Schaden anzusehen.

92

bb) Ausgehend hiervon liegt ein ersatzfähiger Schaden der Klägerin vor. Zwar erfüllte das Fahrzeug bis zur Abmeldung am 21.01.2020 seinen primären Zweck, das betriebs- und verkehrstechnisch sichere Fahren. Damit hatte es den gewollten Nutzwert im engeren Sinne. Es verfügte aber über eine Einrichtung, bei deren Bekanntwerden die Typengenehmigung für das Fahrzeug – wie sich aus dem bestandskräftigen Bescheid des KBA vom 27.10.2017 ergibt - nicht erteilt worden wäre. Aufgrund der Einrichtung unterlag es vielmehr einer Rückrufaktion der Beklagten, zu der diese durch den bestandskräftigen Bescheid des KBA verpflichtet worden ist, um die unzulässige Software zu entfernen. Ohne die Durchführung des Software-Updates drohte eine Betriebsuntersagung. Zweck des Erwerbs war aber die uneingeschränkte Teilnahme am Straßenverkehr, ohne dass durch Maßnahmen eine drohende Betriebsuntersagung abzuwehren gewesen wäre. Der Nutzwert des Pkw ist also für die Klägerin von vornherein eingeschränkt gewesen.

93

cc)	Der oben dargelegte Schaden würde auch nicht durch das mit der Rückrufaktion intendierte nachträgliche Aufspielen eines Motorsteuerungs-Updates wieder entfallen. Zwar kann insoweit nicht in vollem Umfang auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25.05.2020 (VI ZR 252/19) betreffend den Motor EA 189 verwiesen werden, weil es vorliegend um eine andere Motorsteuerungssoftware geht. Allerdings beruft sich die Beklagte lediglich pauschal darauf, dass das von ihr entwickelte Software-Update die Motorsoftware ohne Folgebeeinträchtigungen so verändere, dass keine unzulässige Abschalteneinrichtung mehr vorliege, und dass die Klägerin durch die Weigerung, das Update aufspielen zu lassen, die entscheidende Zweitursache für einen etwaigen Schaden selbst setze. Demgegenüber legt die Beklagte nicht konkret sekundär dar, wie genau das Update die von dem KBA im bestandskräftigen Bescheid vom 27.10.2017 als unzulässig monierten Emissionssteuerungssysteme konkret ändert. Hierzu hätte sie sich substantiiert erklären müssen, bevor die Klägerin ggf. näher darlegen und im Bestreitensfalle beweisen müsste, dass das Update den durch die Herstellung und das Inverkehrbringen des Aggregats mit unzulässiger Abschalteneinrichtung drohenden Schaden der Stilllegung nicht effektiv und sicher beseitigt.	94
dd)	Allerdings besteht der ersatzfähige Schaden der Klägerin aufgrund ihrer Vorsteuerabzugsberechtigung im Ausgangspunkt nur in dem Nettokaufpreis von 46.218,49 € . Die Umsatzsteuer ist für die Klägerin als Unternehmen (nach den Angaben des Herrn P im ersten Verhandlungstermin vor dem Landgericht eine Investorin, nach den Angaben im zweiten dortigen Verhandlungstermin beschäftigt mit dem Verkauf von Solarparks neben dem Betrieb einer Landwirtschaft) ein gewinn- bzw. verlustneutraler durchlaufender Posten, sodass bei ihr im Umfang der anteiligen Umsatzsteuer von dem Bruttokaufpreis des streitgegenständlichen Fahrzeugs von 55.000,00 € kein nach den §§ 249, 251 BGB ersatzfähiger Schaden verbleibt.	95
g)	Den ersatzfähigen Schaden reduzierender Nutzungersatz	96
	Dem Grunde nach zu Recht hat das Landgericht von dem an sich in der Hauptsache zu erstattenden Schadensersatz jedoch einen Anspruch der Beklagten gegen die Klägerin auf Nutzungersatz unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung entsprechend den §§ 346 Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB in Abzug gebracht.	97
aa)	Nach der teilweisen Klagerücknahme im Berufungsverfahren greift die Klägerin dies dem Grunde nach nicht mehr an.	98
bb)	Der Höhe nach folgt der Senat bei der Ermittlung des Nutzungersatzes der linearen Berechnungsweise eines prozentualen Anteils vom Kaufpreis nach dem Verhältnis der vom Anspruchsteller genutzten Laufleistung des jeweiligen Fahrzeugs zu der geschätzten Gesamtlauflistung (BGH im Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19). Der Senat schätzt – wie der Bundesgerichtshof in dem genannten Urteil bezogen auf das dort betroffene Fahrzeug gebilligt hat - gem. § 287 ZPO die durchschnittliche zu erwartende Gesamtlauflistung von Fahrzeugen mit dem vorliegend betroffenen Motortyp auf 300.000 km. Es entspricht allgemeiner Lebenserfahrung, dass die Lebensdauer moderner Dieselfahrzeuge bzw. zu erwartende Gesamtlauflistung eines solchen Pkw im für die Prognose maßgeblichen Durchschnitt in dieser Größenordnung liegt. Der Senat verkennt nicht, dass entsprechend dem unter Beweis gestellten Vortrag der Klägerin Motoren des streitgegenständlichen Typs grundsätzlich auch deutlich höhere Laufleistungen erreichen mögen. Gleichwohl bietet dies keinen überzeugenden Ansatz, im Rahmen der Schätzung mit der Klägerin von einer Gesamtlauflistung von mindestens 450.000 km auszugehen. Auch wenn Dieselmotoren des vorliegend in Streit stehenden Typs eine solche Laufleistung technisch ohne Weiteres	99

erreichen *können*, wird diese doch *durchschnittlich* regelmäßig nur bei Nutzfahrzeugen, Taxis usw. erreicht, während bei privaten oder sonst gewerblich genutzten Fahrzeugen eine durchschnittliche „Lebenserwartung“ von 300.000 km, wie sie der Bundesgerichtshofs für Fahrzeuge mit dem Motor EA 189 gebilligt hat, nicht zu beanstanden ist. Insbesondere vermag die Klägerin mit dem größeren Hubraum des vorliegenden Motors von 4.2 l im Gegensatz zu demjenigen des Typs EA 189 von 1.6 bzw. 2.0 l nicht mit Erfolg zu begründen, dass deshalb von einer höheren durchschnittlichen Gesamtleistung ausgegangen werden müsse. Abgesehen davon, dass ein solcher Erfahrungssatz jedenfalls für Pkw (anders ggf. bei Lkw) nicht existiert, ergibt sich aus der von der Klägerin selbst vorgelegten Bauteillastenheft (Anlage BB1), dass die Bauteile des streitgegenständlichen Motors statistisch auf eine Lebensdauerforderung von 300.000 km Laufleistung ausgelegt sein müssen. Mit dieser Anforderung ist eine etwa anzunehmende statistische durchschnittliche Gesamtleistung gemäß dem Klägerinvortrag von 450.000 km nicht in Einklang zu bringen.

Die vorliegende Laufleistung zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 14.10.2020 betrug – von der Beklagten nicht bestritten – 107.829 km. Allerdings ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats auch bei der Nutzungsentschädigung im Falle der Vorsteuerabzugsberechtigung von dem Nettokaufpreis von 46.218,49 € auszugehen. Es ergibt sich folgende Berechnung:

$$(107.829 \text{ km} - 48.700 \text{ km}) \times 46.218,49 \text{ €} = \mathbf{10.874,86 \text{ €}}$$

$$(300.000 \text{ km} - 48.700 \text{ km})$$

Der von der Beklagte Zug um Zug gegen Rückgabe und Übereignung zu zahlende Schadensersatz beträgt: 46.218,49 € - 10.533,14 € = **35.343,63 €**.

2. Zinsanspruch

a) Der Zinsanspruch folgt aus den §§ 291, 288 Abs. 1 S. 1 BGB und ist nach der teilweisen Berufungsrücknahme nicht mehr Gegenstand des Berufungsantrags der Beklagten (§ 528 S. 1 u. 2 ZPO).

b) Deliktzinsen von 4 % ab dem 31.03.2017 gem. § 849 BGB, die der Senat aus den Gründen des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 30.07.2020 (VI ZR 397/19) nicht zusprechen würde, sind wegen der Teilrücknahme der Berufung der Klägerin nicht mehr Antragsgegenstand.

3. Feststellung und Folgen des Annahmeverzugs

a) Mit unzutreffender und von der Beklagten zu Recht angegriffener Begründung hat das Landgericht die Voraussetzungen für die Feststellung des Annahmeverzugs i.S.d. §§ 293, 295, 298 BGB bejaht. Da die Klägerin die Rückgabe des Pkw unter der deutlich überhöhten Bedingung der Rückzahlung des vollen Kaufpreises angeboten hat, liegt kein ordnungsgemäßes Angebot i.S.d. genannten Normen vor, sodass das Schreiben vom 07.06.2018 ungeachtet der Frage des Erfüllungsortes für die Ersatzverpflichtung nicht geeignet gewesen ist, die Beklagte in Annahmeverzug zu setzen (vgl. BGH, Urteil vom 25.05.2020, VI ZR 252/19). Vorgerichtlich hat die Klägerin bei der Formulierung ihres wörtlichen Zug-um-Zug-Angebots zur Rückgabe und Rückübereignung des Pkw von dem im Gegenzug erstattet verlangten Kaufpreis von 55.000,00 € weder – wie geboten – die Umsatzsteuer noch den nach der damaligen Laufleistung zu ermittelnden Nutzungsersatz in Abzug gebracht. Im Übrigen hat die Klägerin ihr vorgerichtliches Schreiben an die

Volkswagen AG und nicht die Beklagte gerichtet.

Auch während des Prozesses ist durch die überhöhten Klageanträge erster und zweiter Instanz – nunmehr gerichtet gegen die Beklagte – kein ordnungsgemäßes Angebot gem. §§ 293, 295, 298 BGB erfolgt. Auch nach der teilweisen Klagerücknahme verlangt die Klägerin mit Schriftsatz vom 28.09.2020 mit 47.150,75 € als Gegenleistung für die angebotene Rücknahme des Pkw noch immer rund 11.500,- € mehr als ihr zusteht. 109

b) Ein Freistellungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte im Umfang täglicher Unterstellungskosten von 8,00 € gem. §§ 304, 257 BGB kommt schon aus Rechtsgründen nicht in Betracht, weil die Beklagte nach dem Festgestellten nicht wirksam in Annahmeverzug gesetzt worden ist. 110

4. Außergerichtliche Rechtsanwaltskosten 111

Der Anspruch auf Erstattung anteiliger vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten und dessen Verzinsung sind von der Beklagten nach der teilweisen Berufungsrücknahme nicht länger angegriffen worden (§ 528 S. 1 u. 2 ZPO). 112

III. 113

Die Entscheidungen zur Kostentragung und vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 269 Abs. 3, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 114

Im Hinblick auf die verbliebenen, vom Senat zu bescheidenden gewesenen wechselseitigen Berufungsanträge liegt keine Beschwer von mehr als 20.000,00 € vor. Die Revision unabhängig davon war nicht zuzulassen, da Gründe gemäß § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. 115